

Obstáculos y riesgos para una exitosa interacción entre Derecho y Economía en Colombia*

JUAN ANTONIO GAVIRIA GIL¹
juangaviria@une.net.co

RESUMEN

Este artículo analiza los obstáculos y riesgos que el desarrollo del análisis económico del Derecho en Colombia enfrenta. Los obstáculos son: (1) estructurales, instituciones o procedimientos que retardan el desarrollo del análisis económico del Derecho; (2) culturales, una posible aversión hacia el análisis económico del Derecho entre académicos, abogados practicantes, jueces y otros actores legales, y (3) académicos, ausencia de teorías sobre análisis económico del Derecho adaptadas a las particularidades del sistema legal y del desarrollo económico de Colombia.

Si estos obstáculos no son superados, tres riesgos pueden hacerse realidad. Primero, la ley, tanto en la teoría como en la práctica, puede terminar siendo indiferente al análisis económico. Segundo, el análisis económico del Derecho puede estar limitado al análisis teórico, sin ningún impacto en abogados practicantes, jueces u otros actores legales. Tercero, las metodologías legales pueden terminar al servicio exclusivo de la Economía o, aún peor, de la econometría, haciendo caso omiso de la contribución de otras ciencias.

Los obstáculos y riesgos para una exitosa interacción entre el Derecho y la Economía, sin embargo, no son insuperables o inevitables. Por el contrario, si las recomendaciones que este artículo propone son adoptadas y si algunas tendencias favorables continúan, un

* Fecha de recepción: 13 de marzo de 2013. Fecha de modificación: 8 de abril de 2013. Fecha de aceptación: 15 de abril de 2013.

1 Profesor de cátedra de American University (Washington College of Law); profesor de tiempo completo de la Universidad Pontificia Bolivariana; candidato al título de doctor en American University (Washington College of Law), magíster en Derecho (LL.M.) de la misma universidad; magíster en Economía de la Universidad EAFIT, y abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana.

escenario negativo será menos probable que un panorama positivo en el cual el análisis económico del Derecho prospere tanto en la teoría como en la práctica.

Palabras clave: Códigos, Contratos, Derecho, Eficiencia, Economía.

HURDLES AND HAZARDS TO A THRIVING INTERACTION BETWEEN COLOMBIAN LAW AND ECONOMICS

ABSTRACT

This article discusses the main hurdles and hazards to the development of an economic analysis of the law in Colombia, with an emphasis on commercial contract law and economics. The main hurdles discussed are (1) structural: institutions or processes that slow the development of economic analysis of the law; (2) cultural: a possible aversion by scholars, practitioners, judges, arbitrators, and legislators to this development; and (3) academic: few legal theories have been adapted to the particularities of the Colombian legal system and economic development.

If these hurdles are not overcome, at least three hazards to Colombian's development may occur. First, the law, in both theory and practice, may become completely isolated from any economic analysis. Second, law and economics may end up at the exclusive service of theoretical legal analysis without any impact on practitioners, judges, arbitrators, legislators, and other legal actors. Third, legal methodologies may disregard the contribution of other areas, such as philosophy, and may be in the exclusive service of economics or, even worse, of econometrics.

This article's view, however, is not as pessimistic as to believe that the hurdles and hazards to a successful interaction between the law and economics are either insurmountable or inevitable. The hurdles may slow Colombian's development of the law and economics but they will not completely block it. Thus, if some of the recommendations put forth in this article are adopted, a negative result is less likely than a positive one in which the law and economics thrive not only for the sake of themselves, but also for the benefit of scholars, practitioners, judges, arbitrators, legislators, and other legal actors.

Keywords: Codes, Contracts, Efficiency, Law, Economics.

INTRODUCCIÓN

El análisis económico del Derecho², desde sus inicios a principios de los años sesenta³, puede haber sido un tema muy común entre académicos de Estados Unidos⁴, entre profesores europeos⁵ o incluso en algunos países latinoamericanos⁶, pero no en Colombia, donde el grado de desarrollo es aún incipiente⁷. Por cierto, esta afirmación no es una crítica a quienes han sido pioneros en el análisis económico del Derecho sino a quienes han obstaculizado mayores avances en Colombia. Naturalmente, el grado de desarrollo no es el mismo en las diferentes áreas del Derecho. Algunas áreas, como la introducción al análisis económico del Derecho⁸, análisis económico del Derecho de sociedades⁹, o análisis económico del Derecho de la competencia están desarrolladas en cierto grado¹⁰. Por el contrario, campos como el análisis económico de contratos, están todavía en su infancia¹¹. Incluso peor, las áreas de análisis económico conductual del Derecho¹², y el análisis económico empírico del Derecho (p. ej., estudios experimentales)¹³, ambas cruciales para el

- 2 Este artículo utiliza los términos "análisis económico del Derecho" y "Economía y Derecho" como sustitutos, así no sean exactamente iguales. En efecto, el término "Derecho y Economía" es más amplio que el término "análisis económico del Derecho," ya que este último, por ejemplo, no cubre conceptos como el análisis legal de la economía.
- 3 Estrictamente hablando, el análisis económico del Derecho inició en 1958, cuando AARON DIRECTOR, Decano de la Escuela de Derecho en la Universidad de Chicago, inauguró el *Journal of Law & Economics*. V. CARLOS P. MÁRQUEZ (2005).
- 4 V. ARISTIDES N. HATZIS (2006) (en adelante, HATZIS (Economic Pair)) (recuerda que el análisis económico del Derecho es un producto estadounidense).
- 5 Por ejemplo, UGO MATTEI en Italia y ARISTIDES N. HATZIS en Grecia. V. p. ej. UGO MATTEI (1999) (en adelante MATTEI, Comparative); y HATZIS, *supra* 4, p. 159. Pero v. HATZIS (Economic Pair), *supra* 4, 160 (recordando que el análisis económico del Derecho en Europa, si bien ha tenido cierto éxito, no ha alcanzado el mismo desarrollo que en Estados Unidos); y RONALD J. SCALISE Jr. (2007) (cataloga como curiosa la oposición al análisis económico del Derecho de contratos en Europa).
- 6 Por ejemplo, los escritos de ANDRÉS ROEMER y JOSÉ RAMÓN COSSIO en México (v. p. ej., ANDRÉS ROEMER, 2008; JOSÉ R. COSSIO, 1997, y GERMÁN COLOMA en Argentina (v. p. ej., GERMAN COLOMA, 2001)).
- 7 Por ejemplo, una búsqueda en Westlaw utilizando los términos "law and economics" generó casi 10.000 artículos. En claro contraste, una búsqueda en Westlaw utilizando los términos "Colombian law and economics" no generó ningún resultado. De manera similar, una búsqueda en SSRN (<http://www.ssrn.com/lisn/index.html>) usando los términos "law and economics" generó más de 4.000 artículos mientras que una búsqueda incluyendo la palabra Colombia generó solo ocho resultados. En cuanto a escritos colombianos sobre análisis económico del Derecho, v. p. ej. CARLOS P. MÁRQUEZ (2005), FRANCISCO REYES (2012), JESÚS A. BEJARANO (1999) y MARIO A. PINZÓN (2010).
- 8 V. p. ej., MÁRQUEZ, *supra* 8, 3; y PINZÓN, *supra* 8, 3.
- 9 V. p. ej., REYES, *supra* 8, 3; y FRANCISCO REYES (2008).
- 10 V. p. ej., FERNANDO CASTILLO & CARLOS A. URIBE (2005).
- 11 Empero, algunos análisis existen. V. p. ej., DANIEL MONROY CELY (2011).
- 12 En relación con algunos escritos sobre análisis económico conductual del Derecho en Estados Unidos, v. p. ej., CASS R. SUNSTEIN, BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS 1 (2000); y Tess Wilkinson-Ryan & David A. Hoffman, *Breach Is for Suckers*, 63 VAND. L. REV. 1003 (2010).
- 13 Los estudios empíricos analizan como es el mundo más allá de la doctrina. V. DAVID V SNYDER (2005). Los estudios experimentales, una subdivisión de los estudios empíricos, prueban o refinan las predicciones de la teoría. V. KATHRYN ZEILER (2010). Incluso en Estados Unidos, los experimentos en Derecho y Economía

desarrollo del análisis económico del Derecho de contratos, aún no han nacido o apenas están empezando a surgir¹⁴.

Este artículo pretende analizar los principales retos y riesgos que enfrenta el análisis económico del Derecho en Colombia, haciendo énfasis en el Derecho de contratos mercantiles, presentar algunas propuestas para acelerar su desarrollo e incentivar el debate acerca de su presente y futuro. Las conclusiones de este artículo son dos: una negativa y otra positiva. El hallazgo negativo es que los obstáculos estructurales, culturales y académicos han retardado el desarrollo del análisis económico del Derecho y, como consecuencia, minimizado la interacción entre abogados y economistas. En cuanto al aspecto positivo, los obstáculos son considerables pero no tan altos como para hacer del sistema legal colombiano un ambiente hostil para el análisis económico del Derecho¹⁵.

La estructura de este artículo es la siguiente: la sección I describe los tres principales obstáculos que una exitosa interacción entre el Derecho y la Economía debe sobrepasar: estructurales, culturales y académicos; la sección II, por su parte, describe los riesgos o escenarios negativos que pueden surgir o haber surgido si los obstáculos no son sobrepasados a tiempo; la sección III, la parte propositiva de este artículo, hace algunas recomendaciones para sobrepasar estos obstáculos y para evitar, o al menos mitigar, los riesgos indicados en las § II y III, respectivamente, y la sección IV concluye.

§ I – LOS OBSTÁCULOS PARA EL DESARROLLO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN COLOMBIA

La sección I describe los principales obstáculos que una exitosa interacción entre el Derecho y la Economía en Colombia debe sobrepasar, a saber: estructurales, culturales y académicos. Debido a que la parte económica del análisis económico del Derecho es similar en todos los países (o al menos en las economías de mercado), los obstáculos están principalmente en la parte legal¹⁶.

son pocos. V. COLIN CAMERER & ERIC TALLEY (2007) y RUSSELL B. KOROBKIN (2002). En relación con escritos en material de análisis empírico del Derecho de contratos, v. *Id.*, 1033; y RUSSELL B. KOROBKIN (1998).

14 En relación con trabajos de análisis económico conductual del Derecho, los trabajos de DANIEL MONROY CELY son pioneros en Colombia. V., p. ej. DANIEL MONROY (2010, 2011).

15 El Professor RONALD J. SCALISE Jr. afirma que así como la vida necesita condiciones especiales que al parecer solo ocurren en el planeta Tierra, la teoría del incumplimiento eficiente del contrato solo prospera en sistemas legales con elementos favorable para su desarrollo. El Profesor SCALISE concluye que el *common law* tiene más elementos favorables para la aplicación de la doctrina de incumplimiento eficiente del contrato que el *civil law*. V. Scalise Jr., *supra* 40, 725. Esta perspectiva no es tan sombría en materia de análisis económico del derecho. Aunque el sistema legal de Estados Unidos puede tener elementos más favorables para la recepción de teorías sobre el análisis económico del Derecho, el sistema colombiano no está, en sí mismo, en contradicción con una interacción entre el Derecho y la Economía. V. HATZIS (Economic Pair), *supra* 2, 160-61 (afirmando que el bajo grado de desarrollo en países del *civil law* no significa que estos países sean tierra infértil para el análisis económico del Derecho).

16 UGO MATTEI (COMPARATIVE) *supra* 5, 78 (1999).

A. Obstáculos estructurales (instituciones o procedimientos que previenen o retardan la interacción entre el Derecho y la Economía)

El Profesor RONALD J. SCALISE JR., en un artículo sobre incumplimiento eficiente de los contratos, define obstáculos estructurales como las instituciones o procedimientos que están incrustados en la ley y evitan o al menos desincentivan el incumplimiento eficiente del contrato¹⁷. Esta definición puede ser generalizada de la siguiente manera: obstáculos estructurales son instituciones o procedimientos que están incrustados en la ley y evitan o al menos desincentivan una exitosa interacción entre el Derecho y la Economía¹⁸.

A primera vista, el principal obstáculo estructural para un exitoso desarrollo del análisis económico del Derecho en Colombia es el papel de los jueces. Algunos académicos, de hecho, han afirmado que el rol activo de los jueces en el *common law* hace de esta familia jurídica un entorno más favorable que el *civil law* para el análisis económico del Derecho¹⁹. Los jueces estadounidenses, según este razonamiento, toman sus decisiones con el propósito de maximizar la eficiencia (ya sea inadvertida o explícitamente). Si los jueces fallan en su propósito, los abogados litigantes demandarán las reglas ineficientes hasta que ellas sean anuladas²⁰. La visión tradicional en el *civil law*, por su parte, es que tanto el legislador (esto es, el Congreso) como el regulador (esto es, el Ejecutivo), son órganos más adecuados para analizar argumentos económicos²¹; que las teorías sobre análisis económico del Derecho, que en el *common law* influyen en las políticas públicas, son innecesarias en el *civil law* debido a la existencia de códigos²², y que los jueces aplican los códigos sin la autonomía necesaria para tener en cuenta la eficiencia económica en sus decisiones²³.

La validez de estas tres hipótesis es analizada a continuación²⁴. Primero, parece cierto que las ramas legislativa y ejecutiva están más preparadas para discutir argumentos econó-

17 La definición original en inglés de obstáculos estructurales es: "institutions or procedures that are imbedded in the structure of the law and which either preclude or at least discourage the attractiveness of the idea of efficient breach." Scalise Jr., *supra* 6, 725.

18 *V. Id.*, 725.

19 V. MATTEI, *COMPARATIVE*, *supra* 8, 78–79 (afirma que el análisis económico del Derecho hace énfasis en las decisiones de los jueces); PAUL H. RUBIN, *Why is the Common Law Efficient*, 6 J. L. STUD. 51 (1977) (considera que el proceso del *common law* crea normas eficientes); SCALISE JR., *supra* 6, 756 (afirma que una de las razones para el éxito del análisis económico del Derecho en Estados Unidos es el papel de los jueces).

20 V. NICHOLAS MERCHURO & STEVEN G. MEDEMA (2006). Como la excepción que prueba esta regla, las normas sobre cláusulas penales en contratos son más eficientes en el *civil law* que en el *common law*. *Compare U.S. Uniform Commercial Code §2-718(1) C. COM. art. 867*. La prohibición de cláusulas penales en el Derecho estadounidense impide a las partes de un contrato aprovechar sus beneficios, tales como obtener un aseguramiento de inversiones idiosincráticas contra un incumplimiento de contrato, indicar una intención de cumplir el contrato, o desincentivar el incumplimiento eficiente. V. ARISTIDES N. HATZIS (2006). *V. también* RICHARD A. POSNER (1979) (afirma que la prohibición de las cláusulas penales en Estados Unidos es uno de los mayores misterios de la teoría económica del *common law*).

21 V. SCALISE JR., *supra* 6, 756.

22 SCALISE JR., *supra* 6, 760–61.

23 V. MATTEI, *COMPARATIVE*, *supra* 8, 78–79.

24 V. UGO MATTEI & ROBERTO PARDOLESI (1991) (afirman que las diferencias entre las familias legales no son tan grandes como para impedir el éxito del análisis económico en Europa, un argumento que es extensible

micos que los jueces. Las razones para esta hipótesis, sin embargo, no son ontológicas sino debidas al personal que trabaja en estas ramas del poder público. Muchos economistas e incluso algunos abogados con formación en Economía trabajan en las ramas legislativa y ejecutiva²⁵, mientras que los cargos en los tribunales y juzgados, incluso en niveles bajos, son usualmente limitados a abogados titulados o en formación²⁶.

Que legisladores y reguladores tengan conocimientos económicos o al menos acceso a ellos a través de sus empleados o asesores es bueno para una exitosa interacción entre el Derecho y la Economía. Lo que no es tan bueno es que los tribunales y juzgados no tengan jueces o, por lo menos, asistentes, con formación en Economía. Incluso peor, algunos jueces parecen no creer en la importancia de basar sus decisiones en conceptos económicos²⁷. Es como si los argumentos económicos fueran adecuados para los legisladores pero no para los jueces²⁸. Como resultado, la jurisprudencia colombiana suele carecer de un fundamento económico²⁹.

La segunda hipótesis, que las teorías sobre análisis económico del Derecho son innecesarias porque los códigos –conjuntos de normas legales sobre una materia organizadas sistemáticamente– han incorporado el análisis económico en su redacción, es un anacronismo. De una parte, los códigos tuvieron una importancia significativa en el sistema legal colombiano en los siglos XIX y XX, cuando la mayor parte de las normas legales estaban allí. La realidad en el siglo XXI, sin embargo, es diferente. Para bien o para mal, el código ya no es el rey del sistema legal colombiano³⁰. Algunos factores, como una norma constitucional que prohíbe al Congreso otorgar poderes al ejecutivo para promulgar códigos³¹; una

a Colombia); MATTEI (COMPARATIVE), *supra* 5, 71 (recuerda que después de un pico en el siglo XIX, cuando los países del *civil law* codificaron sus sistemas jurídicos, la brecha entre el *civil law* y el *common law* ha disminuido); y SCALISE Jr., *supra* 6, 761 (afirma que las diferencias entre los diferentes sistemas legales nunca han sido tan extremas como para impedir el éxito del análisis económico del Derecho en Europa).

25 Por ejemplo, muchos economistas y abogados trabajan cooperativamente en temas del Derecho de la competencia en la Superintendencia de Industria y Comercio. V. www.sic.gov.co.

26 En relación con los efectos nocivos de que los jueces no tengan economistas entre sus asistentes, v. SALOMÓN KALMANOVITZ (2000) (afirma que la Corte Constitucional debería tener a su disposición un equipo de economistas altamente calificados) (en adelante, KALMANOVITZ Efectos). *Pero v.* Constitución Política de Colombia (C.P.) art. 116 (autoriza a las superintendencias a llevar a cabo funciones jurisdiccionales). En relación con algunas leyes que otorgan poderes judiciales a agencias administrativas, donde abogados y economistas trabajan cooperativamente, v. p. ej. L. 1116/06, diciembre 27, 2006 (otorga facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades); y L. 1480/11, octubre 12, 2011 (otorga facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio). Es cierto, igualmente, que la Corte Constitucional usualmente solicita la opinión de economistas en casos que requieren algún grado de análisis económico. Estas opiniones, sin embargo, son raramente tenidas en cuenta. V. p. ej., Corte Constitucional [C.C.], septiembre 16, 1999, M.P.: J. HERNÁNDEZ, Sentencia C-700/99.

27 V. SALOMÓN KALMANOVITZ (2000) (en adelante, KALMANOVITZ).

28 V. SCALISE Jr., *supra* 5, 762.

29 Corte Constitucional [C.C.], julio 31, 2008, M.P.: M. CEPEDA, Sentencia T-760/08; y Corte Constitucional [C.C.], agosto 23, 2012, M.P.: A. GUILLÉN, Sentencia C-644/12.

30 V. generalmente MATTEI & PARDOLESI, *supra* 29, 370 (recuerda que los códigos ya no son la fuente más importante del derecho debido, entre otras razones, a la complejidad de los sistemas legales modernos).

31 V.C.P. art. 110.

inflación legislativa que ha incrementado exponencialmente las normas legales en vigor y, al mismo tiempo, ha derogado algunos artículos de los códigos³²; la ausencia de escritores talentosos dentro de los legisladores³³, y la poca probabilidad de que expertos en un área puedan redactar un proyecto de código sin que su coherencia sea destruida cuando el legislador realice modificaciones basadas en criterios puramente políticos³⁴, han contribuido a la decadencia del código y a su reemplazo por leyes o regulaciones especializadas.

La tercera hipótesis es que los jueces colombianos aplican los códigos sin la autonomía necesaria para basar sus decisiones en la eficiencia, parece ser una verdad a medias. De una parte, los jueces ya no están limitados al papel de autómatas que mecánicamente repiten en sus sentencias las palabras de la ley³⁵. Los jueces colombianos, por el contrario, pueden ir más allá de los textos legales, desarrollar avanzados métodos de interpretación, y hacer análisis económicos y de política pública³⁶. El supuesto limitado rol de los jueces, por lo tanto, no parece ser un serio obstáculo estructural para la aplicación en Colombia de teorías del análisis económico del Derecho³⁷.

Infelizmente, los jueces no están aprovechando sus amplias facultades para hacer análisis económicos³⁸. Como resultado, la tercera hipótesis es una verdad a medias y no una

- 32 Por ejemplo, al menos 250 de 2.038 artículos en el Código de Comercio de Colombia han sido derogados (sin tener en cuenta otros artículos que han sido parcialmente derogados o que siguen vigentes pero rara vez se aplican). En el mismo sentido, una edición de una editorial colombiana transcribe el Código de Comercio en 331 páginas mientras que la legislación suplementaria se transcribe en 377 páginas. V. LEGIS EDITORES, *CÓDIGO BÁSICO DE COMERCIO* (29 ed. 2013).
- 33 ANDRÉS BELLO, el redactor del Código Civil colombiano, y GABINO PINZÓN, uno de los redactores del Código de Comercio colombiano, son dos ejemplos de grandes redactores de códigos. V. FERNANDO MURILLO (1986) y Cámara de Comercio de Bogotá (1991).
- 34 En claro contraste con el proceso de redacción del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos, que los Estados usualmente promulgan sin alterar la esencia del texto que los más distinguidos académicos del Derecho comercial han redactado. V., p. ej., WILLIAM TWINING (2012). *Pero v.* UGO MATTEI (1999) (en adelante, MATTEI, *Eficiencia*) (cataloga como inexacta la opinión según la cual cualquier código europeo está condenado a verse afectado por el razonamiento burocrático y la pobre técnica legislativa).
- 35 V. JAVIER DORADO (2004) (describe las teorías legales según las cuales el juez es únicamente un autómata que repite las palabras de la ley).
- 36 V. *Código General del Proceso* C.G.P. art. 7 (establece que los jueces deben tener en cuenta el precedente en sus sentencias a menos que se den motivos claros y razonables para apartarse de éste); Corte Constitucional [C.C.], agosto 9, 1995, M.P.: R. ESCOBAR, Sentencia C-836/01 (concluye que los jueces deben tener en cuenta el precedente a menos que se den motivos claros y razonables para apartarse de éste); Corte Constitucional [C.C.], agosto 24, 2012, M.P.: L. VARGAS, Sentencia C-634/12 (declara exequible un nuevo Código Contencioso Administrativo – L. 1437/11 art. 10, el cual estableció que las autoridades administrativas deben tener en cuenta las sentencias que interpretan, entre otras normas, la Constitución y la ley); y Corte Constitucional [C.C.], julio 6, 2011, M.P.: L. VARGAS, Sentencia C539/11 (recuerda que la jurisprudencia de las altas cortes es vinculante para las autoridades públicas, judiciales y administrativas, ya sean nacionales o regionales). *Pero v.* C.P. art. 230 (establece que los jueces están únicamente sujetos al imperio de la ley y que la jurisprudencia es únicamente un criterio auxiliar); y Consejo de Estado [C.E.], enero 26, 2012, C.P.: S. BUITRAGO (concluye que los jueces están únicamente sujetos al imperio de la ley y que, por lo tanto, las sentencias de la Corte Constitucional con efectos inter partes no son obligatorias para otras cortes).
- 37 V. SCALISE JR., *supra* 6, 761 (afirma que la codificación no excluye el activismo judicial).
- 38 La perspectiva en materia de laudos arbitrales es similar. El autor de este artículo no es consciente de ningún

mentira descarada. En particular, los jueces colombianos pocas veces basan sus decisiones en conceptos económicos como eficiencia³⁹, y costos de transacción⁴⁰. Este artículo presenta, en orden cronológico, algunos ejemplos de esta hipótesis⁴¹ que es, quizás, el mayor obstáculo estructural para el desarrollo del análisis económico del Derecho en Colombia⁴².

En 1997, la Corte Constitucional declaró inexecutable una norma que permitía a los colegios privados cobrar un valor inicial a sus alumnos nuevos bajo el argumento de que limitaba el acceso a la educación. La Corte, sin embargo, ni siquiera consideró las consecuencias no deseadas de su decisión, tales como una reducción de las inversiones en educación, en el peor caso (p. ej., en infraestructura, en capacitación de profesores, etc.), o un incremento en el valor de las matrículas con el objetivo de compensar el valor de los honorarios iniciales perdidos, en el mejor de los casos⁴³.

En 1999, dos sentencias que prohibían la capitalización de intereses en créditos de vivienda por su supuesta incompatibilidad con el derecho fundamental a una vivienda digna⁴⁴,

laudo que aplique teorías del análisis económico del Derecho. Para una lista de laudos arbitrales, v. www.legis.com.co (disponible bajo suscripción).

- 39 La eficiencia es usualmente definida en el sentido de PARETO o en el sentido KALDOR-HICKS. Una situación es PARETO eficiente cuando no es posible mejorar el estado de alguien sin empeorar la situación de al menos otra persona. V. POLINSKY, *supra* 13, 7 n. 4; y MERCHURO & MEDEMA, 21, 24. La eficiencia en el sentido de PARETO ha sido considerada un criterio inapropiado y demasiado estricto para evaluar normas jurídicas, las cuales, en la mayoría de las veces, crean ganadores y perdedores. V. HAROLD DEMSETZ (1969) (cataloga el criterio de PARETO como un nirvana o estado ideal, posible en teoría pero no en la práctica); y MERCURO & MEDEMA, *supra* 24, 24, 40, 105 (menciona que pocos cambios legales son situaciones "gana-gana"). La eficiencia en el sentido KALDOR-HICKS es un mejor criterio para evaluar las normas jurídicas. Una modificación legal satisface el criterio de Kaldor-Hicks si las ganancias de unos individuos son mayores que las pérdidas de las demás personas; en otras palabras, si los beneficios son mayores que los costos. V. *Id.* 89; y RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 13, 42 (8th ed.) (2010). De otro lado, la eficiencia es pocas veces mencionada en la jurisprudencia colombiana, con excepción del Derecho tributario. Ello por cuanto el sistema tributario se basa en tres principios: progresividad, equidad y eficiencia. V. C.P. Art. 363. Para alguna jurisprudencia sobre este tema, v., p. ej., Corte Constitucional [C.C.], mayo 18, 2011, M.P.: J. PRETELT, Sentencia C-397/11; y Corte Constitucional [C.C.], marzo 14, 2012, M.P.: N. PINILLA, Sentencia C-198/12.
- 40 Costos de transacción son las erogaciones resultantes de la negociación, redacción y supervisión de los contratos. V. OLIVER E. WILLIAMSON, *THE MECHANISMS OF GOVERNANCE* 379 (1996).
- 41 V. SALOMÓN KALMANOVITZ (Efectos), *supra* 30, 1-5 (critica las sentencias de la Corte Constitucional por no tener en cuenta análisis costo-beneficio, por generar incentivos perversos y por su equivocada asignación de recursos públicos); y SERGIO CLAVIJO, *FALLOS Y FALLAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: EL CASO DE COLOMBIA 1991:2000* 4 (2002) (recuerda que el concepto de Estado Social de Derecho, incrustado en la Constitución Política colombiana, es usual y erróneamente interpretado como contradictorio con los principios del mercado). V. C.P. art. 1.
- 42 Es de esperar que este obstáculo se debilitará en el largo plazo. V. generalmente MATTEI & PARDOLESI, *supra* 29, 372 (recuerdan que una transición generacional en los jueces es más fácil en los países del *civil law* donde los jueces son nombrados por un término fijo, que, por ejemplo, en Estados Unidos, donde usualmente son nombrados de por vida).
- 43 Corte Constitucional [C.C.], noviembre 6, 1997, M.P.: J. HERNÁNDEZ, Sentencia C-560/97. V. también L. 115/94, febrero 8, 1994, art. 203; y CLAVIJO, *supra* 44, 4.
- 44 V. Corte Constitucional [C.C.], octubre 6, 1999, M.P.: A. BELTRÁN, Sentencia C-747/99; y Corte Constitucional [C.C.], julio 26, 2000, M.P.: J. HERNÁNDEZ, Sentencia C-955/00. V. también C.P. art. 51.

demonstraron que la Corte Constitucional no comprendía los conceptos básicos financieros y económicos⁴⁵. Después de todo, la capitalización de intereses incentiva a las instituciones financieras a otorgar créditos de vivienda a personas que carecen de suficientes ingresos en el corto plazo (p. ej., estudiantes), pero que posiblemente obtendrán altos ingresos en el largo plazo (p. ej., estudiantes brillantes con una carrera promisorio)⁴⁶.

En el 2000, la Corte Constitucional le ordenó al gobierno nacional incrementar los salarios de sus empleados públicos, sin importar su valor, en un porcentaje no inferior a la tasa de inflación. Esta sentencia no tuvo en cuenta los efectos de estos incrementos en los precios o incluso en el desempleo (p. ej., un gobierno que no puede reducir salarios en términos reales durante una crisis económica podría tener que despedir parte de su personal)⁴⁷.

En el 2008, la Corte Constitucional sostuvo que dos regímenes de salud, el subsidiado y el contributivo, debían unificarse y, por lo tanto, tener el mismo cubrimiento. Naturalmente, debido a que el régimen subsidiado es gratuito mientras el régimen contributivo puede generar algunas erogaciones para el asegurado, las personas ahora tienen el incentivo de matricularse en el régimen subsidiado, ya sea legalmente o haciéndose pasar fraudulentamente como insolventes. Esto, a su vez, podría generar una crisis financiera en el sistema de salud⁴⁸. Adicionalmente, algunas decisiones de la parte resolutoria de esta sentencia incrementan los costos de transacción al requerir supervisión permanente de la Corte Constitucional, la cual no está diseñada para esta tarea⁴⁹.

En el 2012, la Corte Constitucional declaró inexecutable unos artículos de la Ley 1450 del mismo año que permitían al gobierno consolidar y arrendar lotes baldíos a personas naturales o jurídicas sin importar si el área del terreno era mayor que el anterior límite legal: diez unidades de agricultura familiar (UAF)⁵⁰. Las normas declaradas inexecutable buscaban incrementar la inversión, crear puestos de trabajo e incentivar la transferencia de tecnologías en zonas de la Orinoquía colombiana⁵¹. La Corte Constitucional, en una decisión cinco a cuatro que ignoró estos motivos de la ley, sostuvo que las normas reducían el área de tierra baldía disponible, concentraban la propiedad rural y, como resultado, no eran convenientes para los pequeños agricultores⁵². La Corte, por supuesto, no tuvo en cuenta

45 V. KALMANOVITZ (Compuesto), *supra* 32, 5-6.

46 V. KALMANOVITZ (Compuesto), *supra* 32, 4.

47 V. Corte Constitucional [C.C.], octubre 6, 2000, M.P.: A. BARRERA, Sentencia C-1433/00. V. también Corte Constitucional [C.C.], octubre 20, 2000, M.P.: J. HERNÁNDEZ, Sentencia C-815/99; y CLAVIJO, *supra* 44, 5.

48 V. Corte Constitucional [C.C.], julio 31, 2008, M.P.: M. CEPEDA, Sentencia T-760/08. V. generalmente KALMANOVITZ (Efectos), *supra* 30, -5.

49 V. Corte Constitucional [C.C.], julio 31, 2008, M.P.: M. CEPEDA, Sentencia T-760/08. V. generalmente RICHARD A. POSNER, ANTITRUST LAW 242 (2d ed.) (2001) (afirma que los jueces, al menos en relación con asuntos de Derecho comercial, no están capacitados para la supervisión a largo plazo).

50 V.L. 1450/11, junio 16, 2011, art. 60-62. V. también L. 160/94, agosto 3, 1994, art 38 (establece que la UAF es la unidad básica de producción cuya área puede generar, con adecuada tecnología, al menos dos salarios mínimos legales mensuales).

51 V.L. 1450/11, junio 16, 2011, art. 60.

52 V. Corte Constitucional [C.C.], agosto 23, 2012, M.P.: A. GUILLÉN, Sentencia C-644/12.

la importancia de nociones como economías de escala o la relación de causalidad entre inversión y desarrollo económico⁵³.

Como esta reseña jurisprudencial indica, la poca atención que los jueces prestan a la eficiencia y a otros conceptos económicos es un obstáculo significativo para una exitosa interacción entre el Derecho y la Economía⁵⁴. Tristemente, la eficiencia en particular⁵⁵, y otras nociones económicas, en general, son en ocasiones palabras políticamente incorrectas no solo en la jurisprudencia sino también en algunas leyes⁵⁶, y en la academia⁵⁷. Esta mala reputación, sin embargo, es inmerecida. Después de todo, la eficiencia, así como otras nociones debidamente aplicadas, garantizan la primacía del interés general sobre el particular, al incrementar la riqueza de un país⁵⁸.

B. Obstáculos culturales (perspectivas negativas sobre la interacción entre el Derecho y la Economía)

Un obstáculo cultural, de acuerdo con el profesor SCALISE Jr., es un conjunto colectivo de actitudes, creencias y formas de pensar acerca de la ley (o acerca de la interacción entre el Derecho y la Economía) que existe en varias tradiciones jurídicas⁵⁹. En palabras más simples, un obstáculo cultural surge cuando la importancia de una interacción entre el Derecho y

- 53 La Corte implícitamente afirma que los pequeños agricultores están en una mejor situación que los trabajadores de grandes haciendas (así, el problema jurídico para la Corte es como utilizar tierra rural escasa). Estas dos actividades económicas, sin embargo, no son excluyentes en Colombia, un país con grandes extensiones de tierra no explotadas. Los problemas jurídicos y económicos reales, por lo tanto, son como la ley puede dar incentivos para que las tierras no explotadas sean productivas y si algunos campesinos, que no pueden ser pequeños agricultores independientes, estarían mejor como empleados de grandes haciendas o como desempleados.
- 54 V. RUBIO, *supra* 48, 272 (afirma que los pocos abogados que mencionan la eficiencia, lo hacen para criticar la utilidad de este concepto).
- 55 La eficiencia no debe confundirse con un término diferente: economía procesal, el cual es frecuentemente mencionado en la jurisprudencia colombiana. V., p. ej., Corte Constitucional [C.C.], mayo 16, 2012, M.P.: J. PRETELT, Sentencia C-370/12; Corte Constitucional [C.C.], marzo 24 2011, M.P.: J. Henao, Sentencia T-203/11.
- 56 Por ejemplo, el incumplimiento eficiente de un contrato no es posible en el sistema legal colombiano por razones como las siguientes. Primero, la parte cumplida puede demandar el cumplimiento específico del contrato. Segundo, la parte incumplida, en caso de actuar con culpa, debe pagar los perjuicios resultantes del incumplimiento independientemente de su previsibilidad. V. C.C. art. 1453, 1616; y C. COM. art. 870. V. generalmente SCALISE Jr., *supra* 6, 725. Algunas leyes, sin embargo, incluyen eficiencia como uno de los principios que guían su interpretación. V., p. ej., L. 1341/09, art. 2 julio 30 2009.
- 57 V. RUBIO, *supra* 19, 274, 280, 305 (cataloga el énfasis de los economistas en eficiencia como una posición terca, dogmática y casi religiosa). *Pero v. MATTEI* (COMPARATIVE), *supra* 5, 87 (critica la noción según la cual un producto con usos provechosos, como la eficiencia o, más generalmente, el análisis económico del Derecho, debe ser evitado simplemente porque puede ser peligroso en caso de abuso).
- 58 V. C.P. Art. 58. V. también JUAN GAVIRIA & LUIS PLATA (2012). V. también POSNER, *supra* 43, 27 (considera que en un mundo de escasos recursos lo ineficiente muchas veces es igualmente inmoral).
- 59 La definición original en inglés de un obstáculo cultural es "the collective set of attitudes, beliefs, and ways of thinking about law [or about law and economics] that exist in various legal traditions." SCALISE Jr., *supra* 6, 755.

la Economía es minimizada⁶⁰. La posible existencia en Colombia de una aversión cultural hacia la interacción entre el Derecho y la Economía es un tema que la literatura aún no ha analizado y que debe abordarse con estudios empíricos (p. ej., encuestas enviadas a académicos, abogados practicantes, jueces, árbitros y otros actores legales). Algunos mitos y factores, sin embargo, pueden señalar alguna aversión en Colombia al análisis económico del Derecho.

En cuanto a los mitos, un sesgo cultural puede deberse al enfoque del análisis económico del Derecho en la eficiencia y no tanto en la justicia⁶¹. Eficiencia y justicia, sin embargo, no deben ser vistas como metas excluyentes⁶². Una variante de este mito, por su parte, afirma que el análisis económico del Derecho le otorga poca importancia a la justicia distributiva⁶³. El Derecho de contratos comerciales, sin embargo, es rara vez la mejor manera de distribuir la riqueza⁶⁴. Los impuestos y el gasto público son generalmente un camino más adecuado para mejorar la distribución del ingreso⁶⁵.

Por ejemplo, suponga que, en una primera etapa, la riqueza de A y B es \$70 y \$30, respectivamente, para un total en esta pequeña sociedad de \$100. En una segunda etapa, asuma que la riqueza de A es \$160 mientras que la riqueza de B es \$40. La eficiencia se ha incrementado (la riqueza ha pasado de \$100 a \$200), pero la equidad ha disminuido ya que B ahora tiene solo el 20% de la riqueza total (en comparación con el 30% en la primera etapa). El sistema tributario, sin embargo, podría distribuir la riqueza y otorgar a B parte de

60 V. SCALISE JR., *supra* 6, 763.

61 De acuerdo con un mito similar, el análisis económico del Derecho glorifica el dinero y la riqueza material. V. HATZIS (Economic Pair), *supra* 3, 161.

62 V. POSNER, *supra* 42, 27 (afirma que la justicia y la eficiencia muchas veces van en el mismo sentido). Pero v. RUBIO, *supra* 19, 273 (considera que la eficiencia puede estar en contradicción con otros valores del sistema legal, como la solidaridad y la estabilidad jurídica y argumenta que las normas que son eficientes rara vez son justas).

63 Mientras la eficiencia busca incrementar la riqueza, la justicia distributiva busca la mejor manera de repartir dicha riqueza.

64 V. POLINSKY, *supra* 2, 129 (afirma que para el Derecho de contratos es difícil, si no imposible, redistribuir el ingreso); ARISTIDES N. HATZIS (2002) (menciona que pocos académicos defienden una función redistributiva del derecho de contratos); y Schwartz & Scott, *supra* 16, 546 (menciona que es inútil buscar metas distributivas o justicia contractual en un Derecho, como el de los contratos, que da tanta libertad a las partes para estipular sus reglas). Los profesores SCHWARTZ & SCOTT también afirman que el Derecho comercial rara vez genera beneficios distributivos porque las partes usualmente desempeñan roles opuestos; p. ej., una compañía es a veces compradora y otras, vendedora; por lo tanto, tanto reglas pro-vendedores como reglas pro-compradores beneficiarían y perjudicarían a las compañías al mismo tiempo. V. ALAN SCHWARTZ & ROBERT E. SCOTT (2003).

65 V. POLINSKY, *supra* 10, 9, 122-127 (afirma que las normas sobre contratos son menos efectivas que las normas de hacienda pública para la redistribución del ingreso); HATZIS, Anti-theoretical, *supra* 68, 26 (menciona que el Derecho tributario y otras formas de intervención económica son más apropiadas que el Derecho de contratos en materias redistributivas); y HATZIS (Economic Pair), *supra* 5, 168 n. 26 (menciona que el Derecho de contratos no es el camino adecuado para lograr la justicia social). Es cierto, sin embargo que si la redistribución del ingreso es muy costosa, un conflicto entre eficiencia y equidad puede surgir. V. POLINSKY, *supra* 10, 9. Por ejemplo, la tributación puede ser ineficiente no solo debido a los costos de recaudación sino también por su efecto distorsionador en los precios. El gasto público, por su parte, puede generar corrupción. V. *Id.*, 119.

la ganancia de A (al menos \$20 para mantener la participación original del 30%). Si esto sucede, todas las partes estarán mejor en la segunda etapa.

En cualquier caso, este artículo admite que algunas veces la eficiencia debe estar subordinada a razones de justicia o distributivas⁶⁶. Incluso en tales casos, sin embargo, ni el rol de la eficiencia ni, de manera más general, el papel del análisis económico del Derecho, es completamente anulado, toda vez que la ley deberá ser tan eficiente como sea posible teniendo en cuenta las restricciones planteadas por las metas distributivas o de justicia⁶⁷. Si las razones distributivas o de justicia, sin embargo, no son tan importantes o no son contradictorias con la eficiencia, este factor debe ser primordial⁶⁸. Esto no impide, sin embargo, que otros factores puedan también ser sopesados⁶⁹.

De otro lado, una aversión contra el análisis económico del Derecho puede tener sus raíces en factores como el desarrollo económico colombiano (p. ej., el argumento según el cual basar decisiones en nociones económicas en un país en vías de desarrollo, en el cual buena parte de la población tiene necesidades básicas insatisfechas, no es posible o, al menos, es menos factible que en países desarrollados); motivos educativos (p. ej., pocas personas tienen el tiempo, el dinero, la oportunidad y el interés de estudiar tanto Derecho como Economía)⁷⁰; razones históricas (p. ej., falta de una tradición legal en la cual jueces, árbitros, legisladores y otros actores legales basen sus decisiones en nociones económicas como la eficiencia)⁷¹; el legado de instituciones españolas que incrementan excesivamente

66 Incluso RICHARD A. POSNER, uno de los más influyentes teóricos del análisis económico del Derecho, acepta que algunos actos eficientes pueden ser claramente contrarios a la justicia, como la venta de bebés para adopción o la discriminación racial. V. POSNER, *supra* 25, 43. Los profesores Calabresi & Douglas presentan otro ejemplo en el cual la eficiencia puede estar en contradicción con la justicia: una fábrica, que emplea a trabajadores de bajos ingresos, utiliza un carbón barato y de baja calidad que contamina un barrio vecino donde viven personas de ingresos altos. Asumiendo que la utilización de carbón de alta calidad no es factible y que el costo de cerrar la fábrica es menor que el costo de la contaminación, la solución eficiente es cerrar la fábrica. Esta solución, sin embargo, es claramente injusta. V. GUIDO CALABRESI & DOUGLAS MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85(6) HARV. L. REV. 1089, 1121 (1972).

67 HATZIS (Anti-theoretical), *supra* 68, 26. V. también MERCURO & MEDEMA, *supra* 24, 48 (menciona un ejemplo en el cual una sociedad determina un nivel apropiado de contaminación basado en razones éticas o políticas. El nivel de polución, por lo tanto, es menor al nivel eficiente —en el cual los costos marginales de la contaminación igualan sus beneficios marginales. Una vez esta restricción política y ética es aceptada, la reducción de la contaminación puede ser llevada a cabo de la manera más eficiente.

68 V. GAVIRIA & PLATA, *supra* 64, 330.

69 Así, no todos los enfoques en el análisis económico del Derecho tienen que seguir la visión radical de la denominada Escuela de Chicago. Por el contrario, estos enfoques pueden seguir las teorías de escuelas más moderadas, como el institucionalismo. V. MERCHURO & MEDEMA, *supra* 24, 226.

70 Además de ello, el Derecho es un programa de pregrado en Colombia. Un individuo talentoso que finalice su bachillerato a los dieciséis o diecisiete años podría ser un abogado titulado poco después de cumplir veinte años. Después de este grado, sus opciones de progresar en el mundo laboral pueden disminuirse si decide matricularse en estudios de Economía, ya sean de pregrado o posgrado, o a tiempo parcial o completo. En cambio, el Derecho es un programa de posgrado en Estados Unidos. Como resultado, algunos abogados en formación pueden haber estudiado Economía durante su *College*.

71 Por ejemplo, la tradición legal colombiana, por mucho tiempo, se basó casi que exclusivamente en la doctrina francesa, donde el análisis económico del Derecho es mucho menos desarrollado que en Estados Unidos.

los costos de transacción, como las notarías públicas⁷², y razones religiosas (p. ej., la mayoría de la población en Colombia es educada en la religión Católica⁷³, y podría creer que un énfasis en eficiencia es contrario a la moral cristiana)⁷⁴.

Como un factor adicional, los incentivos en Colombia parecieran estar alineados en contra de que las personas tengan formación académica tanto en Derecho como en Economía. La creencia de que cualquier conocimiento en matemáticas es innecesario para el éxito profesional de un abogado es infortunadamente todavía popular en Colombia⁷⁵. También se suele decir que la mejor carrera para una persona que carezca de talentos o de intereses en matemáticas es el Derecho⁷⁶. Del otro lado, algunos economistas podrían estar interesados en estudiar Derecho. Empero, el hecho de que deban estudiar durante cinco años, por lo menos, para poder obtener el título de abogados muchas veces frustra el cumplimiento de esta meta. Innegablemente, programas de posgrado en Derecho también existen (estos es, especializaciones, maestrías y doctorados) pero al menos algunos de ellos están solo disponibles para abogados⁷⁷.

Algunos abogados colombianos, en el pasado, igualmente eran indiferentes al sistema legal estadounidense por pertenecer a una familia jurídica diferente, el *common law*. Nótese, además, que los filósofos del Derecho que influenciaron el sistema legal colombiano durante el siglo XX casi nunca mencionaban la eficiencia en sus textos. V., p. ej., HANS Kelsen (tr. MAX KNIGHT, 2009) (destaca la importancia de la validez de las normas jurídicas al tiempo que omite mencionar la relevancia de la eficiencia).

- 72 V. MATTEI, Eficiencia, *supra* 38, 538 (menciona que muchos recursos que podrían ser destinados a maximizar la riqueza de una sociedad se malgastan en trámites notariales).
- 73 V. también RUBIO, *supra* 19, 281 (afirma que los códigos hispanoamericanos fueron utilizados durante un largo tiempo por la Iglesia Católica para predicar su visión del mundo).
- 74 *Pero v.* POSNER, *supra* 42, 27 (menciona que un sistema legal basado en principios económicos no es incompatible con temas morales).
- 75 Por ejemplo, solo unas pocas universidades incluyen en sus programas de pregrado en derecho cursos en matemáticas, microeconomía y macroeconomía. Para algunos ejemplos de estas excepciones v., p. ej., Universidad EAFIT (<http://www.eafit.edu.co/programas-academicos/pregrados/derecho/informacion-general/Paginas/plan-estudios.aspx> (última visita: mar. 11, 2013)); y Universidad Javeriana (http://puj-portal.javeriana.edu.co/portal/page/portal/Facultad%20de%20Ciencias%20Juridicas/ptl_car_derecho/Plan%20de%20estudios (última visita mar.11, 2013)). Sobre la importancia de las matemáticas en el Derecho, v. Arden Rowell & Jessica Bregant, *Numeracy and Legal Decision Making* (octubre 15, 2012). Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2163645> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2163645> (concluye, luego de un análisis empírico, que la calidad de un análisis legal es directamente proporcional a la capacidad matemática de quien lo realiza).
- 76 V. Universidad Externado de Colombia <http://190.7.110.123/irj/portal/anonymouse?NavigationTarget=navurl://589b4807241af716a44832038f97b96c&LightDTNKnobID=1230088014> (última visita mar. 11, 2013) (critica este mito en su publicidad del programa de pregrado en Derecho). La creencia de que la mejor carrera para una persona con pocas capacidades matemáticas es el Derecho va más allá de las fronteras colombianas. En un reciente discurso, MICHELLE OBAMA afirmó, medio en broma medio en serio, que ella había estudiado Derecho porque no tenía mayores habilidades para los números. V. <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/09/26/remarks-first-lady-national-science-foundation-family-friendly-policy-ro> (última visita abril 8, 2013).
- 77 Por ejemplo, los programas de doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia (<http://190.7.110.123/fderecho/posgrados/doctorados/doctoradoderecho/requisitos.html> (última visita Mar. 11, 2013)); y de la Universidad Sergio Arboleda (<http://www.usergioarboleda.edu.co/doctorado-derecho/doctorado-derecho-perfil-candidato.html> (última visita mar. 11, 2013)) solo permiten candidatos

C. Obstáculos académicos (falta de teorías sobre análisis económico del Derecho)

Un obstáculo académico es el bajo grado de desarrollo y la poca relevancia en la práctica de las teorías del análisis económico del Derecho. En otras palabras, un obstáculo académico surge cuando el análisis económico del Derecho no es tan desarrollado como debería ser. Este obstáculo académico puede ser simplemente un subproducto de los obstáculos estructurales y culturales. Así, algunos académicos podrían pensar que desarrollar teorías sobre análisis económico del Derecho o discutir los temas más novedosos del Derecho bajo una perspectiva económica no tiene sentido puesto que ni los jueces ni los legisladores van a aplicar estas teorías, al menos en el corto plazo. Por supuesto, jueces, legisladores y otros actores legales podrían afirmar que ellos no aplican teorías del análisis económico del Derecho por una razón elemental: éstas no existen, con lo cual el problema se convierte en un típico dilema del huevo y la gallina⁷⁸. Como un segundo motivo, el obstáculo académico puede igualmente haber surgido en Colombia debido al poco interés de los investigadores y profesores de invertir en un campo que es no solo intelectualmente demandante sino también riesgoso debido a su falta de reconocimiento⁷⁹.

Independientemente de sus causas, un obstáculo académico para el desarrollo del análisis económico del Derecho parece existir actualmente en Colombia⁸⁰. Algunos ejemplos sustentan esta hipótesis: pocas revistas científicas⁸¹, pocos concursos académicos⁸², pocas maes-

que sean abogados independientemente de los títulos académicos, experiencia, y honores que puedan tener economistas y otros profesionales (p. ej., una o más maestrías en Derecho, varias publicaciones, becas). *Pero v.* Universidad de los Andes, donde no es indispensable que un estudiante del doctorado en Derecho sea abogado (http://derecho.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=452&Itemid=166&lang=es (última visita mar. 11, 2013); Universidad del Rosario, donde los candidatos pueden ser abogados titulados u otros profesionales con un título en ciencias sociales y una maestría en Derecho (<http://www.urosario.edu.co/Admisiones/doctorados/derecho/> (última visita mar. 11, 2013); y Universidad Javeriana, que acepta postulantes sin importar su título de pregrado (http://puj-portal.javeriana.edu.co/portal/page/portal/Facultad%20de%20Ciencias%20Juridicas/ptl_doc_ciencias/Admisiones (última visita mar. 11, 2013)).

78 *V. generalmente* Hatzis (Economic Pair), *supra* 3, 189.

79 *V. MATTEI* (COMPARATIVE), *supra* 5, 88. Que el análisis económico del Derecho sea un campo solo parcialmente explorado, sin embargo, implica que pueden existir muchas oportunidades para los académicos colombianos.

80 *V. MÁRQUEZ*, *supra* 4, 3. (afirma que los escritos e investigaciones en análisis económico del Derecho son pocos en comparación con otros países).

81 *V. MÁRQUEZ*, *supra* 3, 34 n. 30 (indica que existen pocas revistas especializadas en análisis económico del Derecho en Colombia). Para algunas excepciones, *v. p. ej.*, *Revista de Derecho Económico (Contexto)* de la Universidad Externado de Colombia (<http://revistas.uexternado.edu.co/contexto/>); y *Revista Universitas*, de la Universidad Javeriana, (http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/).

82 Algunas excepciones son el concurso José Ignacio de Márquez en Derecho Económico, el cual otorga premios al mejor artículo y a la mejor revista en materia de derecho económico, *v.* <http://www.cej.org.co/index.php/sala/noticiascej/2826-xxiv-concurso-nacional-jose-ignacio-de-marquez->; y la beca Enrique Low Murtra en Derecho Económico que el Banco de la República otorga. *V.* (http://www.banrep.gov.co/el-banco/bc_be.htm).

trías y otros programas de posgrado⁸³, y pocos centros de investigación se especializan en el análisis económico del Derecho⁸⁴. Por fortuna, este obstáculo parece estar debilitándose.

§ III – LOS RIESGOS DE UNA AUSENCIA DE TEORÍAS SOBRE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN COLOMBIA

Uno de los siguientes riesgos puede ocurrir si los obstáculos indicados en la sección II son demasiado altos.

A. Primer riesgo: el Derecho rechaza cualquier contribución de la Economía (Derecho o Economía)

Este riesgo surge cuando la teoría del Derecho es impermeable a cualquier teoría económica⁸⁵. Naturalmente, los economistas podrían replicar esta indiferencia con un comportamiento similar⁸⁶. El origen de este riesgo también podría ser el contrario, los economistas dando poca relevancia a las normas jurídicas y los abogados, especialmente los académicos, tomando "venganza" al suprimir cualquier análisis económico de sus análisis. Una variante de este riesgo ocurre cuando la interacción entre el Derecho y la Economía no es inexistente pero sí mínima. Una segunda variante, no excluyente con la anterior, puede surgir cuando los abogados, tanto jueces como académicos, aceptan que los principios económicos son importantes, pero solo si están subordinados a los principios legales, mientras los economistas consideran lo contrario⁸⁷. Independientemente de que surja en su versión original

83 Para algunas excepciones, *v* la Maestría en Derecho Económico en la Universidad Javeriana (http://www.javeriana.edu.co/juridicas/maes_der_econ/) (última visita mar. 11, 2013); y en la Universidad Externado de Colombia (<http://190.7.110.123/fderecho/posgrados/maestrias/derechoenfasis/dereconomico/index.html>) (última visita mar. 11, 2013).

84 Para algunas excepciones, *v*. los centros de investigación en Derecho y Economía en la Universidad Externado de Colombia (<http://190.7.110.123/fderecho/investigacion/g-derecho-economia/index.html>) (última visita mar. 11, 2013); y Universidad Javeriana (<http://201.234.78.173:8080/gruplac/jsp/visualiza/visualizagr.jsp?nro=0000000003992>) (última visita mar. 11, 2013).

85 V. RUBIO, *supra* 19, 273 (considera que la Economía, como una disciplina que supuestamente solo tiene en cuenta lo que es óptimo, puede ser útil para ciencias puras—p. ej., "zoología" pero no para ciencias humanas (p. ej., justicia, venganza, etc.). V., *p. ej.*, SUNSTEIN, *supra* 11, 1; y JENNIFER H. ARLEN & ERIC L. TALLEY (2008).

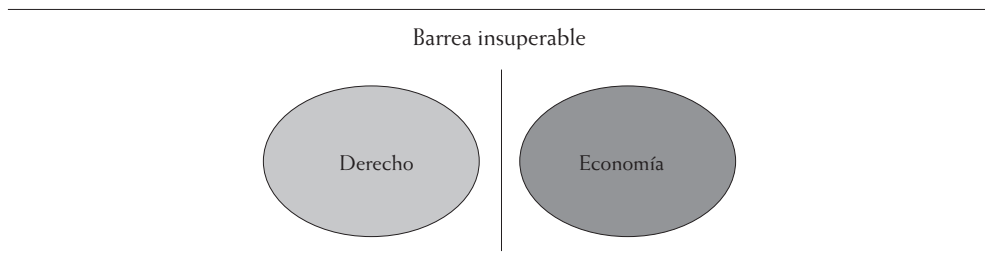
86 V. RUBIO, *supra* 19, 305 (señala que el actual enfoque de los programas de Economía pueden indicar una falta de interés en la discusión de temas filosóficos e ideológicos). Esta hipótesis parece verdadera. Los programas de pregrado en Economía raramente incluyen cursos en, por ejemplo, filosofía o argumentación. V., *p. ej.*, los programas de pregrado en Economía de EAFIT (<http://www.eafit.edu.co/programas-academicos/pregrados/economia/informacion-general/Paginas/plan-de-estudios-c.aspx>) (última visita Mar. 11, 2013); y de la Universidad de los Andes (http://economia.uniandes.edu.co/programas/Pregrado_en_Economia/Estructura_y_plan_de_estudios) (última visita mar. 11, 2013).

87 V. MÁRQUEZ, *supra* 5, 3. En cuanto a ejemplos de estas discusiones en la jurisprudencia, *v.*, *p. ej.*, Corte Constitucional [C.C.], septiembre 16, 1999, M.P.: J. HERNÁNDEZ, Sentencia C-700/99; y Corte Constitucional

o en cualquiera de sus versiones modificadas, la ocurrencia de este riesgo puede destruir los beneficios resultantes de una interacción entre estas, el Derecho y la Economía.

El diagrama de VENN 1 muestra este riesgo⁸⁸. Las pérdidas de la ausencia de interacción entre el Derecho y la Economía equivalen al área que existiría si las dos elipses del diagrama se traslaparan.

DIAGRAMA DE VENN 1 – PRIMER RIESGO



Aunque todos los obstáculos contribuyen a la ocurrencia de este riesgo, el obstáculo académico es, quizás, el más influyente. Después de todo, incluso si los obstáculos estructurales y culturales llevan a los jueces, árbitros, abogados practicantes y otros actores legales a despreciar el conocimiento económico, las universidades y otros lugares académicos podrían permanecer como el bastión donde las teorías e investigaciones en análisis económico del Derecho son desarrolladas, mejoradas o llevadas a cabo de una manera interdisciplinaria⁸⁹. Aunque estas teorías e investigaciones no tendrían mayor impacto más allá del mundo académico en el corto plazo, ellas podrían ser aplicadas en el mediano o largo plazo, cuando los obstáculos estructurales y culturales empiecen a colapsar.

Desafortunadamente, las dos variantes no excluyentes de este riesgo parecen haber surgido en Colombia. La interacción entre investigadores en Derecho y en Economía no solo es todavía mínima sino que también parece estar más en una relación de subordinación que de cooperación. Esta hipótesis se basa en varias razones. Para empezar, abogados y economistas usualmente tienen visiones diferentes de la ley⁹⁰. Los abogados, generalmente,

[C.C.], octubre 6, 2000, M.P.: A. BARRERA, Sentencia C-1433/00. Por cierto, la denominación "Análisis Económico del Derecho" que se usa en Colombia con más frecuencia que "Derecho y Economía" (la traducción literal de *law and economics*) denota una visión unilateral en la cual la ley necesita un análisis económico pero la Economía no requiere un análisis legal.

88 V. Merriam-Webster Dictionary (según el cual un diagrama de Venn es una gráfica que representa relaciones lógicas mediante la inclusión, exclusión o intersección de curvas cerradas como círculos o elipses) (*disponible en* <http://www.merriam-webster.com/dictionary/venn%20diagram>). Para una aplicación de diagramas de Venn en Análisis Económico del Derecho, v. MÁRQUEZ, *supra* 4, 24-27.

89 Haciendo una analogía amplia, el papel de los académicos en esta situación podría parecerse al rol que los irlandeses desempeñaron al preservar parte de la cultura de la civilización occidental durante la Edad Media. V. THOMAS CAHILL (1996).

90 Por supuesto esta es una generalización y, por lo tanto, hay excepciones.

miran la ley como un conjunto de reglas y procedimientos mientras que muchos economistas ven a la ley como un sistema que altera incentivos⁹¹.

Las asimetrías no paran allí. Los abogados usualmente tienen una visión retrospectiva de la ley (esto es, analizan un problema solo cuando una controversia ha surgido y, algunas veces, solo consideran el interés de las partes involucradas). Los economistas, por el contrario, frecuentemente tienen una visión prospectiva (esto es, analizando los efectos de una norma jurídica desde el momento en que se promulgó –sin importar si ha generado controversias– y estimando sus efectos en el comportamiento de todas las personas)⁹². Así, una visión retrospectiva puede ser justa para los actuales litigantes pero no para futuras y potenciales partes en disputa mientras que una visión prospectiva puede generar resultados opuestos⁹³. Lo que tanto abogados como economistas suelen olvidar es que ambos enfoques, el retrospectivo y el prospectivo, solo generan buenos análisis si son utilizados de manera conjunta y cooperativa. Las perspectivas parciales son peligrosas⁹⁴.

Como una segunda razón para la ocurrencia del primer riesgo, abogados y economistas parecen, en ocasiones, hablar dos idiomas tan diferentes como el mandarín y el inglés. De una parte, un énfasis excesivo en econometría puede reducir el interés de economistas de llevar a cabo trabajos interdisciplinarios con académicos del Derecho. Después de todo, este énfasis desproporcionado aunado a una posible falta de interés en análisis ideológicos, usualmente crea un lenguaje sofisticado y elitista que resulta incomprensible para los académicos del Derecho o, incluso, para cualquier persona que no haya estudiado Economía⁹⁵. Del otro lado, el lenguaje de los abogados, especialmente si hay abuso de la retórica o si se redacta de manera compleja, puede ser también ininteligible para los economistas.

91 V. MERCHUERO & MEDEMA, *supra* 24, 43. V. también MATTEI (COMPARATIVE), *supra* 5, 3 (aceptan que la ley puede ser considerada como un sistema de incentivos).

92 V. MERCHUERO & MEDEMA, *supra*, 24, 43-44. V. también FRANK H. EASTERBROOK (1984) y Corte Constitucional [C.C.], noviembre 7, 2012, M.P.: N. PINILLA T-908/12 (ordena al Distrito Capital de Bogotá construir viviendas para las familias invasoras de un terreno privado. Si bien, innegablemente, esta sentencia contribuye al derecho fundamental de los invasores a una vivienda digna, la Corte aparentemente olvidó que su fallo podría incentivar a otras personas a invadir terrenos privados).

93 Por ejemplo, la jurisprudencia colombiana es muy protectora de los derechos de las mujeres embarazadas. Esto, por supuesto, es de alabar. Que la jurisprudencia no tenga en cuenta sus efectos no deseados sobre potenciales empleadores de mujeres jóvenes, sin embargo, no es tan encomiable. V. Corte Constitucional [C.C.], febrero 23, 2012, M.P.: J. PRETELT, T-126/12 (ordena a una compañía que había iniciado un proceso de liquidación a reincorporar a su nómina a una mujer embarazada); Corte Constitucional [C.C.], septiembre 25 1997, M.P.: A. MARTÍNEZ, C-470/97 (afirma que el despido de una mujer embarazada usualmente requiere autorización gubernamental); Corte Constitucional [C.C.], agosto 18 1999, M.P.: A. MARTÍNEZ, T-426/98 (afirma que un contrato de trabajo a término fijo que expira cuando la empleada está embarazada debe ser renovado por un término igual a menos que las razones para contratar a esta persona hayan desaparecido); y Corte Constitucional [C.C.], octubre 2 2003, M.P.: M. MONROY, T-885/03 (concluye que la protección constitucional a la mujer embarazada no depende de la clase de contrato; p. ej., un contrato laboral, de prestación de servicios, etc.) V. también Código Sustantivo del Trabajo C.S.T. art. 239-40.

94 V. MERCHUERO & MEDEMA, *supra* 24, 45.

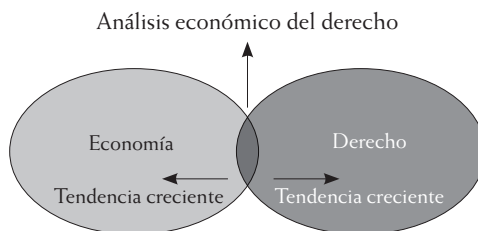
95 V. RUBIO, *supra* 19, 306 (afirma que los economistas actuales son expertos en el uso de técnicas econométricas pero poco conocedores de las artes de la argumentación y la persuasión).

Como un motivo final para una poca interacción, el énfasis actual en econometría puede señalar que los economistas estén más interesados en estudios positivos que en normativos. Esto no quiere decir que la Economía positiva no pueda interactuar con los análisis legales. Todo lo contrario, estudios positivos (p. ej., análisis empíricos) permiten estimar el impacto de reformas legales⁹⁶. Empero, la interacción entre el Derecho y la Economía suele ser más exitosa en el campo normativo⁹⁷. Después de todo, la interacción entre la Economía normativa y el Derecho es el lugar en el cual las políticas públicas son debatidas y formuladas con base en criterios como la eficiencia⁹⁸.

Con todo, las causas que reducen la interacción entre abogados y economistas a un nivel bajo son propias de una visión estática y pesimista. Bajo una mirada optimista, el Derecho y la Economía todavía están separados pero acercándose cada vez más. Si esta tendencia continúa, una fructífera relación de largo plazo entre estas dos disciplinas puede sustituir el actual distanciamiento.

El diagrama de VENN 2 muestra la situación actual.

DIAGRAMA DE VENN 2 – SITUACIÓN ACTUAL



B. Segundo riesgo: análisis económico-teórico del Derecho (la interacción entre el Derecho y la Economía se limita a la academia)

Incluso si el obstáculo académico es sobrepasado, la persistencia de obstáculos estructurales y culturales podría llevar a que cualquier trabajo interdisciplinario entre abogados y economistas tuviese poco impacto en la práctica, al menos en el corto plazo. En este caso, el segundo riesgo surge; jueces, árbitros, abogados practicantes y otros actores legales no muestran mayor interés en aprender y mucho menos en aplicar conocimientos económicos⁹⁹.

96 Infortunadamente, muchas normas jurídicas son promulgadas sin tener en cuenta estudios empíricos que soporten argumentos teóricos. V. RUBIO, *supra* 19, 298. V. también COLIN CAMERER & ERIC TALLEY (2007) (recuerdan que los experimentos pueden orientar a los legisladores acerca de la efectividad de las reformas propuestas).

97 Mientras el análisis normativo estudia un mundo ideal (lo que debe ser), el análisis positivo estudia el mundo real (lo que es). V. MERCHURO & MEDEMA, *supra* 24, 47.

98 MERCHURO & MEDEMA, *supra* 23, 47.

99 V. RUBIO, *supra* 19, 281 (considera que la promulgación de leyes es un proceso demasiado importante como para dejarlo en manos de los economistas).

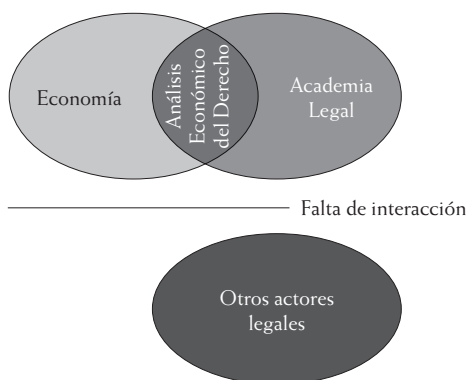
Como resultado, los académicos del Derecho terminan siendo los únicos abogados que utilizan metodologías económicas¹⁰⁰.

Como se indicó antes¹⁰¹, la interacción entre abogados y economistas en la academia es todavía incipiente; por lo tanto, este riesgo aún no ha ocurrido. En otras palabras, el segundo riesgo solo ocurrirá en una etapa más avanzada del análisis económico del Derecho, esto es, cuando muchos académicos del Derecho usen (y quizás, algunos de ellos abusen) metodologías económicas mientras los otros actores legales continúan indiferentes a este tipo de análisis.

Empero, el segundo riesgo puede ser un mal necesario o al menos transicional. Un desarrollo avanzado de las teorías sobre análisis económico del Derecho sin ninguna influencia en la práctica es preferible a un desarrollo incipiente en la academia. En palabras más simples, este segundo riesgo, como antesala a un escenario ideal en el cual la interacción entre el Derecho y la Economía prospera tanto en la academia como en la práctica, puede ser una etapa temporal e inevitable, toda vez que es improbable que los jueces, árbitros, abogados practicantes y otros actores legales tengan en cuenta los trabajos de la academia de la noche a la mañana.

El diagrama de VENN 3 muestra este segundo riesgo.

DIAGRAMA DE VENN 3 – SEGUNDO RIESGO



C. Tercer riesgo: énfasis excesivo en el análisis económico del Derecho (el análisis legal al servicio exclusivo de la Economía)

Un tercer riesgo podría surgir si la mayoría de análisis legales depende exclusivamente de técnicas econométricas¹⁰². En tal caso, el Derecho no solo tendría demasiada interacción

100 V. RUBIO, *supra* 19, 307-08 (afirma que los estudios económicos exclusivamente limitados a crear o demostrar un modelo sin ningún componente ideológico o argumentativo no tienen mayores implicaciones en el debate legal).

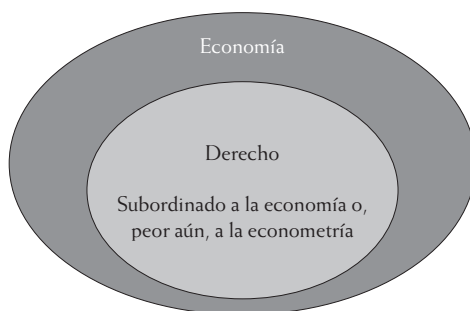
101 V. *supra* p. 22-24.

102 V. RUBIO, *supra* 19, 273 (afirma que un análisis legal subordinado al análisis económico implicaría una negación del concepto de Derecho).

con la economía sino que además se distanciaría de otras disciplinas (p. ej., ética, psicología, sociología, antropología, etc.).¹⁰³.

Este riesgo solo surgiría cuando la interacción entre el Derecho y la Economía haya sido demasiado exitosa en una etapa previa. En otras palabras, los académicos del Derecho pasarían de despreciar el análisis económico (el primer riesgo, en un extremo del espectro), pasando por el uso de metodologías económicas carentes de impacto en la vida real (el segundo riesgo, en la mitad del espectro) y finalizarían considerando las técnicas económicas no como una herramienta sino como la esencia de toda investigación legal (el tercer riesgo, al otro extremo del espectro). El diagrama de Venn 4 muestra este tercer riesgo.

DIAGRAMA DE VENN 4 – TERCER RIESGO



§ IV –RECOMENDACIONES PARA SOBREPASAR LOS OBSTÁCULOS Y EVITAR LOS RIESGOS

A. El enfoque actual del análisis económico del Derecho en Colombia

Tal como se indicó en la sección III¹⁰⁴, el desarrollo del análisis económico del Derecho en Colombia es todavía incipiente debido a obstáculos estructurales, culturales y académicos. Como resultado, al menos el primer riesgo, una falta de interacción significativa entre el Derecho y la Economía, ya ha surgido. Esta es la visión negativa. Una perspectiva positiva, a su vez, indica que la interacción entre el Derecho y la Economía está creciendo. Por lo tanto, es de esperar que, en un futuro no muy lejano, los obstáculos colapsarán o al menos se reducirán a niveles bajos que sean sobrepasables, con lo cual los otros dos riesgos podrían ser evitados o al menos mitigados si llegan a surgir.

B. Un enfoque propositivo del análisis económico del Derecho en Colombia

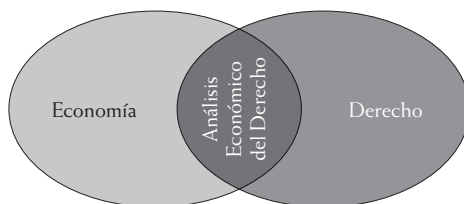
La sección V.B presenta algunas estrategias para sobrepasar los obstáculos y evitar, o al menos mitigar, los riesgos. Si estas estrategias son exitosas, el ritmo al cual los obstáculos están

103 V. RUBIO, *supra* 19, 303 (recuerda la importancia de las ciencias sociales en el análisis legal; p. ej., Dicológica en Derecho Penal).

104 V. *supra* p. 20.

colapsando podría acelerarse y la meta de una fructífera interacción entre el Derecho y la Economía podría alcanzarse en el mediano plazo. El diagrama de VENN 5 muestra esta meta.

DIAGRAMA 5 – UNA FRUCTÍFERA INTERACCIÓN



A primera vista, el obstáculo estructural podría ser el más fácil de superar. En Colombia, en la actualidad, las decisiones judiciales son tan importantes como los códigos, las leyes y las regulaciones. Por lo tanto, la hipótesis según la cual el análisis económico del Derecho no está bien desarrollado debido a que los jueces carecen de suficiente autonomía para basar sus decisiones en nociones económicas ha dejado de ser válida. Lo que hace al obstáculo estructural un escollo no tan fácil de superar, sin embargo, es que los jueces colombianos parecen no estar aprovechando sus facultades.

Naturalmente, este artículo no pretende que los jueces colombianos tengan los conocimientos económicos de, por ejemplo, los jueces estadounidenses FRANK H. EASTERBROOK¹⁰⁵, GUIDO CALABRESI¹⁰⁶, LEARNED HAND¹⁰⁷ o RICHARD A. POSNER¹⁰⁸. Ni tampoco este artículo propone que los jueces colombianos deban acreditar doctorados u otros grados avanzados en Economía. Éstas serían metas quijotescas. Una meta más razonable, en contraste, es que los actuales y futuros jueces tengan alguna intuición y formación económica básica. De ser así, los juzgados y tribunales dejarán de ser fortalezas inexpugnables a las útiles escaramuzas de las teorías del análisis económico del Derecho¹⁰⁹.

Además del obstáculo estructural, el obstáculo cultural también está retardando el desarrollo del análisis económico del Derecho. La pregunta clave, por lo tanto, es cómo convencer a los actores legales de que la aplicación de metodologías económicas en el

105 Juez del Séptimo Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos y profesor en la Universidad de Chicago. En relación con sus escritos, *v. p. ej.*, FRANK H. EASTERBROOK & DANIEL R. FISCHER (1991) y FRANK H. EASTERBROOK (1980).

106 Juez del Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos y profesor en la Universidad de Yale. En relación con sus escritos, *v. p. ej.*, GUIDO CALABRESI, *THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS* (1970); y Calabresi & Melamed, *supra* 69, 1121.

107 Antiguo juez del Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos y autor de la famosa Regla Hand, la cual afirma que un acto, en material de responsabilidad civil extracontractual, viola el deber de cuidado si el costo de tomar precauciones es menor que la gravedad del daño ajustada por la probabilidad de su ocurrencia. *V. GERALD GUNTHER* (2010).

108 Juez del Séptimo Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos y profesor en la Universidad de Chicago. En relación con sus escritos, *v. p. ej.*, POSNER, *supra* 43, 1; y RICHARD A. POSNER (2003).

109 Recuérdese, sin embargo, que algunas superintendencias con facultades jurisdiccionales cuentan tanto con abogados como economistas calificados dentro de su personal. *V. supra* 30, 31.

análisis jurídico es útil. En un país legalista como Colombia¹¹⁰, no faltaría quien proponga un proyecto de ley ordenando a los jueces y otros actores legales aplicar métodos económicos en sus decisiones¹¹¹. Esta estrategia, sin embargo, además de incrementar la inflación legislativa y de crear ambigüedades interpretativas, no parece ser la mejor. El razonamiento económico no debe ser impuesto por ley.

Una mejor estrategia es capacitar a jueces, árbitros, abogados practicantes y otros actores legales en temas económicos básicos y convencerlos de que el análisis económico no es perjudicial. La academia, por lo tanto, es clave en el proceso de derrumbar el obstáculo cultural, abriendo así el camino a una fructífera interacción entre el Derecho y la Economía¹¹². Cursos, seminarios, paneles, artículos, libros y otras formas de interacción académica ayudarán a los participantes a entender los principios y la importancia del análisis económico del Derecho. Por supuesto, esta estrategia educativa solo dará frutos en el mediano plazo.

La globalización económica y jurídica y, en particular, la apertura de Colombia al comercio internacional, un proceso que parece haber alcanzado el punto de no retorno¹¹³, puede igualmente acelerar el colapso del obstáculo cultural. Después de todo, la cantidad de transacciones con complejas estructuras económicas subyacentes probablemente se incrementará; por ende, una formación básica en economía será fundamental para muchos actores legales¹¹⁴.

El obstáculo académico, por su parte, también ha contribuido a la ocurrencia del primer riesgo. Afortunadamente, los efectos favorables de la actual globalización probablemente debilitarán este obstáculo en el futuro. El tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos¹¹⁵, por ejemplo, no solo incrementará la actividad económica entre estos dos países sino también el interés de académicos estadounidenses en el sistema legal colombiano y viceversa¹¹⁶. Como resultado, las teorías estadounidenses del análisis económico

110 Desde que la Constitución Política colombiana fue promulgada en 1991, más de 1.600 leyes se han promulgado; esto es, alrededor de 72 por año o 6 por mes. V. <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/arbol/1000.html> (última visita mar. 11, 2013).

111 Esto no quiere decir, sin embargo, que todas las normas jurídicas con efectos económicos sean perjudiciales. V., p. ej., C.P. art. 334 - (establece el principio de sostenibilidad fiscal en virtud del cual el gobierno o el procurador general de la nación pueden solicitar a una alta corte la modulación, modificación o diferimiento de una sentencia que pueda afectar negativamente las finanzas públicas).

112 V. MATTEI, *COMPARATIVE*, *supra* 8, 23, 90, 109 (menciona que los escritos académicos tienen una gran influencia en el desarrollo de la ley).

113 Colombia ha firmado tratados de libre comercio con países u organizaciones supranacionales, como Estados Unidos, la Unión Europea y Canadá. V. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (*disponible en* <https://www.mincomercio.gov.co/tlc/index.php>).

114 V. HATZIS (Economic Pair), *supra* 4, 189 (afirma que la falta de una tradición intelectual de respeto por la eficiencia es un obstáculo que no debe ser exagerado teniendo en cuenta, entre otras razones, la globalización económica).

115 Este tratado de libre comercio está en vigor desde el 15 de mayo de 2012. Por cierto, Estados Unidos es el primer socio comercial de Colombia. V. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (*disponible en* <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=14853>).

116 V. *generalmente* MATTEI & PARDOLESI, *supra* 29, 371 (menciona el creciente interés de los académicos del *civil law* en el *common law* y, particularmente, en el Derecho estadounidense).

del Derecho, que hasta ahora no han sido muy conocidas en Colombia, podrían ser bien entendidas y adaptadas a las particularidades de este país en un futuro no muy lejano¹¹⁷. Como otro ejemplo, el creciente número de académicos del Derecho que dominan el idioma inglés y que conocen las nuevas tecnologías muy probablemente facilitará el acceso a las obras de los más importantes escritores del análisis económico del Derecho. Como una tercera ilustración, el hecho de que algunas leyes colombianas estén parcialmente basadas en leyes foráneas¹¹⁸, y que otras normas jurídicas sean tratados internacionales que también están vigentes en muchos otros países facilitará la aplicación de teorías extranjeras sobre el análisis económico del Derecho¹¹⁹.

En particular, dos razones adicionales pueden acelerar el colapso de los obstáculos culturales y académicos en el Derecho de los contratos comerciales. De una parte, el desarrollo del análisis económico del Derecho en Colombia puede ser más factible en un Derecho, como el de contratos, que regula negocios cuyos términos usualmente dependen de uno de los términos preferidos de los economistas: el mercado¹²⁰. La interacción entre teorías económicas y legales, en contraste, puede ser más controversial y menos exitosa en situaciones de no mercado, como el Derecho Penal y el Derecho de Familia, en los cuales nociones como eficiencia y costos de transacción pueden estar con mayor frecuencia en contradicción con metas de justicia o de distribución del ingreso¹²¹.

De otro lado, muchos temas de actualidad en el Derecho de contratos, como el consentimiento a cláusulas estándar en letra menuda¹²², el impacto de nuevas tecnologías¹²³ o

117 V. MATTEI, *COMPARATIVE*, *supra* 8, 85 (afirma que los supuestos obstáculos para la recepción del análisis económico del Derecho en Europa no existen debido, entre otras razones, al creciente interés en el Derecho estadounidense). Quizás, si Colombia no fuese una economía de mercado (p. ej., una economía comunista), las teorías del análisis económico del Derecho que se han desarrollado en Estados Unidos no podrían ser aplicadas o trasplantadas. Afortunadamente, éste no es el caso de Colombia. V. generalmente ALAN WATSON, *LEGAL TRANSPLANTS* 1 (1993) (define un trasplante legal como la migración de una norma legal de un sistema a otro).

118 V. p. ej., L. 1340/04, julio 24, 2009 (parcialmente basada en el Derecho de la competencia de Estados Unidos); y L. 1258/08, diciembre 5, 2008 (parcialmente basado en los derechos societarios de Francia y Estados Unidos, entre otros países). V. también FRANCISCO REYES (2010).

119 V. p. ej., la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, incorporada al Derecho colombiano mediante la L. 518/99, agosto 4, 1999; y las normas jurídicas de la Organización Mundial del Comercio, de la cual Colombia es miembro fundador. Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT, por sus siglas en inglés) y L. 170/94, diciembre 15, 1994.

120 V. ADAM SMITH (1977). Esta afirmación es especialmente cierta en materia de contratos mercantiles entre partes sofisticadas (p. ej. contratos que no son de consumo). Para una clasificación de los contratos comerciales, v. generalmente, SCHWARTZ & SCOTT, *supra* 64.

121 Algunas personas pueden considerar un exabrupto que se considere una pena de prisión como el "precio" que una persona está dispuesta a pagar por los beneficios de un crimen o que el matrimonio pueda ser una institución eficiente. V. MAURICIO RUBIO (2007) (afirma que los temas de Derecho Penal y las nociones económicas son incompatibles). *Pero v.* GARY S. BECKER (1995). En cuanto al análisis económico del Derecho de familia, v. p. ej., ALBERTO ALESINA & PAOLA GIULIANO (2007).

122 V. p. ej., OREN BAR-GILL & OMRI BEN-SHAHAR (2004).

123 V. p. ej., LEON E. TRAKMAN (2008).

nuevos enfoques en estudios legales empíricos requerirán un profundo entendimiento de los conceptos económicos subyacentes¹²⁴.

Si las estrategias indicadas antes son llevadas a cabo, el primer riesgo puede ser mitigado. Los otros dos riesgos (falta de aplicación de las teorías del análisis económico del Derecho y análisis legales excesivamente dependientes de metodologías económicas); sin embargo, podrían surgir si no se toman acciones adicionales. Empero, el hecho de que muchos académicos del Derecho en Colombia mantienen vínculos con la práctica jurídica al ser, al mismo tiempo, jueces, árbitros o abogados consultores, transaccionales o litigantes¹²⁵, hace que la ocurrencia del segundo riesgo sea menos probable.

Dado que el tercer riesgo solo surgiría si el análisis económico del Derecho tiene mucho éxito, éste parece estar lejano en el horizonte. Este riesgo, sin embargo, no debe ser pasado por alto y, por lo tanto, debe ser evitado antes de que nazca. Los abogados nunca deben olvidar que las técnicas económicas son herramientas útiles pero no un fin en sí mismo. Después de todo, ni siquiera las más sofisticadas metodologías econométricas pueden reemplazar el criterio, experiencia y habilidades argumentativas de un buen abogado. El análisis económico del Derecho, en resumen, es un instrumento en una caja de herramientas, un instrumento muy importante de hecho, pero que no es ni la caja de herramientas ni el abogado que la utiliza.

§ V – CONCLUSIONES

Este artículo presenta una perspectiva mixta sobre el presente y futuro del análisis económico del Derecho en Colombia. En el aspecto negativo, el desarrollo del análisis económico del Derecho en Colombia es bajo debido a obstáculos estructurales, culturales y académicos. En el aspecto positivo, estos obstáculos podrán retardar pero no evitar un desarrollo exitoso del análisis económico del Derecho en el largo plazo siempre y cuando algunas estrategias se lleven a cabo (p. ej., capacitación de abogados en conceptos económicos básicos) y algunas tendencias positivas continúen (p.ej., la globalización económica y legal)¹²⁶.

En el caso específico del Derecho de contratos mercantiles, una exitosa interacción con la Economía es natural porque ambas disciplinas se enfocan en transacciones de mercado para facilitar intercambios y maximizar riqueza¹²⁷. De hecho, muchos problemas jurídicos del Derecho de contratos no pueden ser debidamente analizados si los conceptos econó-

124 V. p. ej., JENNIFER ARLEN & ERIC L. TALLEY (2008).

125 V. MATTEI (COMPARATIVE), *supra* 5, 109.

126 Incluso en Estados Unidos, el desarrollo del análisis económico del Derecho no fue instantáneo. Algo similar ocurrió en Europa en la década de los setenta. V. MATTEI & PARDOLESI, *supra* 29, 374.

127 V. HATZIS (Anti-Theoretical), *supra* 5, 24. El profesor HATZIS también afirma que todos los principios del Derecho de contratos griego pueden ser reformulados en términos económicos sin sacrificar implicaciones normativas; por lo tanto, el análisis económico del Derecho de contratos griego puede ser exitoso. V. *Id.* 23. Esta argumentación puede ser extendida al Derecho de contratos colombiano. Pero v. RUBIO, *supra* 19 (afirma que ni siquiera en las áreas del Derecho relacionadas directamente con transacciones comerciales la eficiencia debe ser la meta primordial). Cf. SCOTT & SCHWARTZ, *supra* 288, 546 (afirma que la eficiencia debería ser la meta principal de las normas jurídicas que regulen transacciones entre empresas).

micos subyacentes no son adecuadamente comprendidos¹²⁸. Parafraseando al profesor ARISTIDES N. HATZIS, los problemas del Derecho de contratos claramente son problemas legales pero, ante todo, son problemas económicos¹²⁹.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos de revista

- BAR-GILL, OREN & OMRI BEN-SHAHAR (2004). "Threatening an 'Irrational' Breach of Contract", 11, en *Sup. Ct. Econ. Rev.* 143.
- BEJARANO, JESÚS A. (1999). "El Análisis Económico del Derecho, Comentarios Sobre Textos Básicos" 1 (1), en *Rev. Econ. Inst.* 155.
- CASTILLO, FERNANDO & CARLOS A. URIBE (2005). "El Otorgamiento de Garantías en el Derecho de la libre competencia – Un análisis jurídico y económico", en 110 *Rev. Vniversitas* 225.
- DEMSETZ, HAROLD (1969). "Information and Efficiency: Another Viewpoint", 12 *J. L. & Econ.* 1.
- EASTERBROOK, FRANK H. (1980). "Contribution Among Antitrust Defendants: A Legal and Economic Analysis", en 23 *J. L. & Econ.* 331.
- EASTERBROOK, FRANK H. (1984). "The Supreme Court, 1983: Forward: The Court and the Economic System", en 98 *Harv. L. Rev.* 802.
- GAVIRIA, JUAN ANTONIO & LUIS CARLOS PLATA (2012). "El Conflicto en la Asignación de Derechos Desde la Perspectiva del Análisis Económico del Derecho: El Teorema de Coase y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana", en *Rev. Derecho Universidad del Norte*, 330.
- GUIDO CALABRESI DOUGLAS MELAMED (1972). "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral" 85(6), en *Harv. L. Rev.* 1089, 1121.
- HATZIS, ARISTIDES N. (2006). "Having the Cake and Eating it Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law" 22(4), en *Int'l. Rev. Law. Econ.* 159, 175-76.
- KALMANOVITZ, SALOMÓN (2000). "Los Efectos Económicos de la Corte Constitucional", 1.
- KOROBKIN, RUSSELL B. (1998). "The Status Quo Bias and Contract Default Rules" 83, en *Cornell L. R.* 608.
- KOROBKIN, RUSSELL B. (2002). "Empirical Scholarship in Contract Law: Possibilities and Pitfalls", en *U. Ill. L. Rev.* 1033.
- MATTEI, UGO & ROBERTO PARDOLESI (1991). "Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach" 11, en *Int'l Rev. l. & Econ.* 265,269.
- MATTEI, UGO (1999). "Efficiency and Equal Protection in the New European Contract Law: Mandatory, Default and Enforcement Rules" 39, en *Va. J. Int'l L.* 537, 569-70.
- MONROY, DANIEL (2010). "Regulación de riesgos, Una Doble Aproximación a Partir del Análisis Económico del Derecho" 31, en *Contexto, Rev. de Derecho y Economía*, 9.
- MONROY, DANIEL (2011). "Análisis económico de la buena fe en el Derecho de contratos", en 3 *Contexto, Rev. de Derecho y Economía*, 55.

128 V. HATZIS (Anti-Theoretical), *supra* 5, 23.

129 *Id.*, 25.

- POSNER, RICHARD A. (1979). "Some Uses and Abuses of Economics in Law", 46 U., en *Chi. L. Rev.* 281, 290.
- RUBIN, PAUL H. (1977). "Why is the Common Law Efficient", 6 J. L., en *STUD.* 51.
- SCALISE JR., RONALD J. (2007). "Why No 'Efficient Breach' in the Civil Law: A Comparative Assessment of the Theory of Efficient Breach of Contract" 55 AM. J. *Comp. L.* 721, 761.
- SCHWARTZ, ALAN & ROBERT E. SCOTT (2003). "Contract Theory and the Limits of Contract Law", en 113 *Yale L.J.* 541, 544.
- SNYDER, DAVID V. (2005). "Go out and Look: The Challenge and Promise of Empirical Scholarship in Contract Law", en 80 *Tul. L. Rev.* 1009, 8.
- TRAKMAN, LEON E. (2008). "The Boundaries of Contract Law in Cyberspace", 38, en *Pub. Cont. L.J.* 187, 187.
- WILKINSON-RYAN, TESS & DAVID A. HOFFMAN (2010). "Breach Is for Suckers", 63, en *Vand. L. Rev.* 1003.
- ZEILER, KATHRYN (2010). "Cautions on the Use of Economic Experiments on the Law" 166(1), en *J. Institutional and Theoretical Econ.* 178.

Capítulos de libro

- ARLEN, JENNIFER & ERIC L. TALLEY (2008). "Introduction to Experimental Law and Economics", in *Experimental Law and Economics* xv (Jennifer Arlen & Eric Talley eds.).
- CAMERER, COLIN & ERIC TALLEY (2007). "Experimental Study of Law", in 2 *Handbook of Law and Economics* 1619, 1621 (Mitchel A. Polinsky and Steven M. Shavell ed.).
- HATZIS, ARISTIDES N. (2002). "The Anti-theoretical Nature of Civil Law Contract scholarship and the Need for an Economic Theory", in *Commentaries in Law and Economics* 33.
- HATZIS, ARISTIDES N. (2006). "Contract Law and Economic Reasoning – An Unlikely Pair?", in *The Architecture of European Codes and Contract Law* 159.

Libros

- ARLEN, JENNIFER H. & ERIC L. TALLEY (ed.). (2008). *Experimental Law and Economics*, 1.
- BECKER, GARY S. (1995). *The Economics of Crime*, 1.
- CAHILL, THOMAS (1996). *How the Irish Saved Civilization*, 1.
- CALABRESI, GUIDO (1970). *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*.
- CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ (1991). *20 Años del Código de Comercio*.
- CLAVIJO, SERGIO (2002). *Fallos y Fallas de la Corte Constitucional: El Caso de Colombia 1991:2000*, 4.
- COLOMA, GERMÁN (2001). *Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio*, 1.
- COSSIO, JOSÉ R. (1997). *Derecho y Análisis Económico*, 1.
- DORADO, JAVIER (2004). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, 41.
- EASTERBROOK, FRANK H. & DANIEL R. FISCHEL (1991). *The Economic Structure of Corporate Law*.
- GUNTHER, GERALD (2010). *Learned Hand: The Man and the Judge*, 493.
- KELSEN, HANS (2009). *Pure Theory of Law*, 1 (tr. MAX KNIGHT).
- LEGIS EDITORES (2013). *Código Básico de Comercio*, 29 ed.
- MÁRQUEZ, CARLOS P. (2005). *Anotaciones Sobre Análisis Económico del Derecho*, 22 n. 4.

- MATTEI, UGO (1999). *Comparative Law and Economics*, 1.
- MERCHURO, NICHOLAS & STEVEN G. MEDEMA (2006). *Economics of the Law, From Posner to Postmodernism and Beyond*, 122-26.
- MURILLO, FERNANDO (1986). *Andrés Bello, Historia de una Vida y de una Obra*, 1.
- PINZÓN, MARIO A. (2010). *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*, 1.
- POSNER, RICHARD (2001). *A. Antitrust Law*, 242, 2ª ed.
- POSNER, RICHARD A. (2010). *Economic Analysis of Law*, 13 (8th ed.).
- POSNER, RICHARD A. (2003). *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, 1.
- REYES, FRANCISCO (2012). *Análisis Económico del Derecho Societario*, 1.
- REYES, FRANCISCO (2010). *SAS La Sociedad por Acciones Simplificada*, 2ª ed.
- ROEMER, ANDRÉS (2008). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, 1.
- RUBIO, MAURICIO (2007). *Economía Jurídica [Legal Economics]*, 1.
- SMITH, ADAM (1977). *An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations* 1 (EDWIN CANNAN, ed.).
- SUNSTEIN, CASS R. (2000). *Behavioral Law and Economics*, 1.
- TWINING, WILLIAM (2012). *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 270.
- WATSON, ALAN (1993). *Legal Transplants* 1.
- WILLIAMSON, OLIVER E. (1996). *The Mechanisms of Governance*, 379.

Publicaciones en internet

- ALESINA, ALBERTO & PAOLA GIULIANO (2007). *Divorce, Fertility and the Value of Marriage* Discussion Paper 2136. Harvard Institute of Economic Research. Disponible en: <http://post.economics.harvard.edu/hier/2007papers/2007list.html>.
- <http://www.merriam-webster.com/dictionary/>.
- KALMANOVITZ, SALOMÓN (2000). *La Corte Constitucional y la Capitalización de Intereses*. Banco de la República, 4-7. Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/documentos/presentaciones-discursos/pdf/K-Corteycapitalizacion.pdf>.
- Merriam-Webster Dictionary. Disponible en <http://www.merriam-webster.com/dictionary/>
- MONROY, DANIEL (2011). *Análisis Económico- Conductual de la Regulación Antitabaco en Colombia: El efecto marco y la fuerza de voluntad limitada Trabajo en curso*. Disponible en: http://works.bepress.com/daniel_monroy/6.
- MONROY, DANIEL (s.f.). "Aproximación económica a la regulación en el derecho de contratos: ¿El porqué de las reglas por defecto?", en *Derecho y Economía* n°. 2: *Regulación Económica*. Disponible en: http://works.bepress.com/daniel_monroy/19/.
- ROWELL, ARDEN & JESSICA BREGANT (2012). *Numeracy and Legal Decision Making* (Octubre 15, 2012). Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2163645> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2163645>.

Sentencias

- Corte Constitucional, Sentencia T-908/12, 7 de noviembre de 2012. M.P.: N. PINILLA.
- Corte Constitucional, Sentencia C-634/12, 24 de agosto de 2012, M.P.: L. VARGAS.
- Corte Constitucional, Sentencia C-644/12, 23 de agosto de 2012, M.P.: A. GUILLÉN.

Corte Constitucional, Sentencia C-370/12, 16 de mayo de 2012, M.P.: J. PRETELT.
Corte Constitucional, Sentencia C-198/12, 14 de marzo de 2012, M.P.: N. PINILLA.
Corte Constitucional, Sentencia T-126/12, 23 de febrero de 2012, M.P.: J. PRETELT.
Corte Constitucional, Sentencia C-397/11, 18 de mayo de 2011, M.P.: J. PRETELT.
Corte Constitucional, Sentencia T-203/11, 24 de marzo de 2011, M.P.: J. HENAO.
Corte Constitucional, Sentencia T-760/08, 31 de julio de 2008, M.P.: M. CEPEDA.
Corte Constitucional, Sentencia T-885/03, 2 de octubre de 2003, M.P.: M. MONROY.
Corte Constitucional, Sentencia C-836/01, 9 de agosto de 1995, M.P.: R. ESCOBAR.
Corte Constitucional, Sentencia C-1433/00, 6 de octubre de 2000, M.P.: A. BARRERA.
Corte Constitucional, Sentencia C-955/00, 26 de julio de 2000, M.P.: J. HERNÁNDEZ.
Corte Constitucional, Sentencia C-815/99, 20 de octubre de 2000, M.P.: J. HERNÁNDEZ.
Corte Constitucional, Sentencia C-747/99, 6 de octubre de 1999, M.P.: A. BELTRÁN.
Corte Constitucional, Sentencia C-700/99, 16 de septiembre de 1999, M.P.: J. HERNÁNDEZ.
Corte Constitucional, Sentencia T-426/98, 18 de agosto de 1999, M.P.: A. MARTÍNEZ.
Corte Constitucional, Sentencia C-560/97, 6 de noviembre de 1997, M.P.: J. HERNÁNDEZ.
Corte Constitucional, Sentencia C-470/97, 25 de septiembre de 1997, M.P.: A. MARTÍNEZ.